

II

(Comunicazioni)

COMUNICAZIONI PROVENIENTI DALLE ISTITUZIONI, DAGLI ORGANI
E DAGLI ORGANISMI DELL'UNIONE EUROPEA

COMMISSIONE EUROPEA

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE

**Orientamenti per gli Stati membri sui criteri di selezione degli organismi che attuano gli strumenti
finanziari**

(2016/C 276/01)

INDICE

1.	Riferimenti normativi e testo	2
2.	Contesto	2
3.	Selezione degli organismi che attuano gli strumenti finanziari	4
3.1.	Selezione in conformità delle norme e dei principi in materia di appalti pubblici	4
3.1.1.	Selezione in conformità delle disposizioni della direttiva 2004/18/CE o della direttiva 2014/24/UE	4
3.1.2.	Al di sotto delle soglie della direttiva: selezione in base ai principi del trattato	7
3.2.	Designazione della BEI	7
3.3.	Designazione del FEI	8
3.4.	Designazione di un istituto finanziario internazionale	8
3.5.	Aggiudicazione in house	9
3.5.1.	Condizioni per l'aggiudicazione alle entità in house fino al recepimento della direttiva 2014/24/UE o al massimo entro il 18 aprile 2016	9
3.5.2.	Condizioni per l'aggiudicazione alle entità in house in seguito al recepimento della direttiva 2014/24/UE (articolo 12 della direttiva 2014/24/UE) o dopo il 18 aprile 2016	11
3.6.	Cooperazione interamministrativa	14
3.6.1.	Condizioni relative alla cooperazione interamministrativa fino al recepimento della direttiva 2014/24/UE o al massimo entro il 18 aprile 2016	15
3.6.2.	Condizioni relative alla cooperazione interamministrativa in seguito al recepimento della direttiva 2014/24/UE o dopo il 18 aprile 2016	16
3.7.	Prescrizioni di cui all'articolo 7 del reg. del.	17
3.7.1.	Criteri di selezione	17
3.7.2.	Criteri di aggiudicazione	18
3.7.3.	Elementi per il capitolato d'oneri	19
4.	Riferimento, collegamenti	19

1. Riferimenti normativi e testo

Riferimenti normativi	Articoli
Regolamento (UE) n. 1303/2013 ⁽¹⁾	Articolo 37, paragrafo 1 – Strumenti finanziari
Regolamento sulle disposizioni comuni (nel prosieguo RDC)	Articolo 38, paragrafi 4 e 5 – Attuazione degli strumenti finanziari
Regolamento (UE) n. 480/2014 ⁽²⁾	Articolo 7 – Criteri di selezione degli organismi che attuano gli strumenti finanziari
Regolamento delegato della Commissione (nel prosieguo reg. del.)	
Regolamento (UE) n. 1305/2013	
Direttiva 2004/18/CE	
Direttiva 2014/24/UE	

(¹) Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante disposizioni comuni sul fondo europeo di sviluppo regionale, sul fondo sociale europeo, sul fondo di coesione, sul fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul fondo europeo di sviluppo regionale, sul fondo sociale europeo, sul fondo di coesione e sul fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca, e che abroga il regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio (GU L 347 del 20.12.2013, pag. 320).

(²) Regolamento delegato (UE) n. 480/2014 della Commissione, del 3 marzo 2014, che integra il regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio recante disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca (GU L 138 del 13.5.2014, pag. 5).

2. Contesto

Le autorità di gestione intenzionate ad avvalersi degli strumenti finanziari per il perseguimento degli obiettivi del programma possono assumere direttamente compiti di esecuzione oppure investire nel capitale di un'entità giuridica nuova o già esistente o ancora affidare compiti di esecuzione ad altri organismi (¹). In quest'ultimo caso, l'articolo 38, paragrafo 4, lettera b), dell'RDC prevede varie possibilità di affidamento dei compiti di esecuzione degli strumenti finanziari. La presente nota intende fornire chiarimenti in merito alle possibilità di un tale affidamento (²).

Gli strumenti finanziari possono essere attuati attraverso una struttura, con o senza un fondo di fondi. Nel caso in cui gli strumenti finanziari siano attuati attraverso una struttura che includa un fondo di fondi, generalmente saranno selezionati due livelli di organismi: l'organismo che attua il fondo di fondi e gli organismi che attuano il prodotto/i di strumenti finanziari specifici, ovvero gli intermediari finanziari (entrambi di seguito denominati come organismi che attuano gli strumenti finanziari). L'autorità di gestione decide in merito alla struttura esecutiva più adeguata, tenendo conto degli elementi della valutazione ex ante di cui all'articolo 37, paragrafo 2, dell'RDC.

L'RDC individua vari tipi di entità a cui sia possibile affidare i compiti di esecuzione degli strumenti finanziari attraverso autorità di gestione senza specificare le procedure da attuare per tale affidamento.

Tuttavia l'articolo 37, paragrafo 1, dell'RDC, richiama i principi generali a cui le autorità di gestione devono adempiere, anche allorché selezionano gli organismi che attuano gli strumenti finanziari: esse devono rispettare il diritto applicabile, in particolare in materia di aiuti di Stato e di aggiudicazione degli appalti pubblici e sono pertanto responsabili di garantire, se del caso, previa consultazione delle autorità nazionali preposte al controllo della concorrenza, il rispetto di tutte le norme applicabili in relazione alla selezione degli organismi che attuano gli strumenti finanziari. A norma dell'articolo 38, paragrafo 4, dell'RDC, gli organismi che attuano gli strumenti finanziari sono tenuti a garantire il

(¹) Cfr. articolo 38, paragrafo 4, lettere b) e c), dell'RDC.

(²) A norma dell'articolo 38, paragrafo 4, lettera a), dell'RDC, per quanto sia necessaria la conclusione di un contratto di servizio pubblico per la selezione di un organismo di attuazione degli strumenti finanziari, si applicano le norme in materia di selezione di tali entità come chiarito nella presente nota.

rispetto del diritto applicabile (tra l'altro, aggiudicazione degli appalti). L'articolo 38, paragrafo 5 dell'RDC che richiama i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFEU), recita inoltre che gli intermediari finanziari sono selezionati mediante procedure aperte, trasparenti, proporzionate e non discriminatorie, tali da evitare conflitti di interessi ⁽³⁾.

L'articolo 7, paragrafi 1 e 2, del reg. del., prevede inoltre requisiti specifici applicabili alla selezione degli organismi di attuazione degli strumenti finanziari (ad eccezione della BEI e del FEI) e l'articolo 7, paragrafo 3, disciplina la procedura di selezione degli intermediari finanziari da parte di organismi che attuano fondi di fondi (compresa la BEI e il FEI).

La selezione degli organismi che attuano gli strumenti finanziari non coincide necessariamente con la selezione del funzionamento dello strumento finanziario ⁽⁴⁾.

La selezione dell'operazione è svolta dall'autorità di gestione ⁽⁵⁾. A differenza della selezione dell'organismo che attua lo strumento finanziario, la selezione dell'operazione non è soggetta né alle norme e ai principi in materia di appalti pubblici né al rispetto dell'articolo 7, del reg. del.

Considerando una serie di situazioni a cui non si applicano le norme in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici (illustrate di seguito), i servizi effettuati dagli organismi che attuano gli strumenti finanziari, istituiti in forza del quadro normativo dei fondi SIE, rientrano nell'ambito di applicazione delle norme e dei principi in materia di appalti pubblici. Pertanto, la selezione di tali entità (sia gli organismi che attuano i fondi di fondi che gli intermediari finanziari) osserva il diritto applicabile.

L'identificazione della direttiva applicabile relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (direttiva 2004/18/CE o direttiva 2014/24/UE) dipende dalla data di attivazione della procedura di selezione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice ⁽⁶⁾ (ovvero l'autorità di gestione del programma che acquista i servizi di un'entità per l'attuazione di uno strumento finanziario) o dalla data della decisione di ricorrere a una procedura negoziata senza indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico nonché dalla data di recepimento della direttiva 2014/24/UE. Nei casi di cooperazione interna e interamministrativa, la data in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie il tipo di procedura da seguire per l'aggiudicazione di un appalto pubblico ⁽⁷⁾ è pertinente per sancire se sono di applicazione le condizioni stabilite dalla giurisprudenza o le disposizioni della direttiva 2014/24/UE (cfr. sezioni 3.5 e 3.6) ⁽⁸⁾.

Al 18 aprile 2016 era fissato il termine per il recepimento della direttiva 2014/24/UE nell'ordinamento nazionale. Le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad applicare le misure di recepimento adottate prima di detta data. Dopo suddetta data, anche in assenza di recepimento da parte degli Stati membri, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad applicare le disposizioni della direttiva 2014/24/UE. A decorrere dal 18 aprile 2016 tutte le disposizioni della direttiva, compresa quelle in materia di cooperazione interna e interamministrativa devono essere pienamente rispettate.

⁽³⁾ L'obbligo di seguire procedure aperte, trasparenti, proporzionate e non discriminatorie, tali da evitare conflitti di interessi è rispettato laddove gli intermediari finanziari siano selezionati in conformità delle norme e dei principi in materia di aggiudicazione degli appalti. Laddove il contratto diretto sia possibile con un intermediario finanziario, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero verificare se più di un'entità con cui sia possibile stipulare il contratto diretto sia in grado di fornire il servizio finanziario in questione. In caso affermativo, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a condurre procedure di selezione aperte, trasparenti, proporzionate e non discriminatorie tali da evitare conflitti di interessi tra le entità interessate a norma dell'articolo 38, paragrafo 5, dell'RDC. Un modo per garantire il rispetto di tali obblighi che non rientra negli obblighi procedurali contemplati dalla direttiva è informare tutte le entità interessate del contratto di servizio finanziario previsto e invitarle a presentare un'offerta da sottoporre alla valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice.

⁽⁴⁾ La selezione dell'operazione deve essere intesa come la decisione di procedere a un contributo finanziario del programma allo strumento finanziario e non come gli ulteriori investimenti dallo strumento finanziario ai destinatari finali.

⁽⁵⁾ La selezione del funzionamento dello strumento finanziario per l'FESR/FC/FSE deve essere svolta dall'autorità di gestione a norma dell'articolo 125, paragrafo 3, lettera a), dell'RDC. Per il FEASR la selezione del funzionamento dello strumento finanziario è svolta in conformità dell'articolo 65, paragrafo 4, nonché degli articoli 66 e 49 del regolamento (UE) n. 1305/2013.

⁽⁶⁾ L'amministrazione aggiudicatrice è definita all'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE («amministrazioni aggiudicatrici»: lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico) e all'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE («amministrazioni aggiudicatrici»: lo Stato, le autorità regionali o locali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni costituite da uno o più di tali autorità o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico).

⁽⁷⁾ La data utile per determinare quale direttiva sia applicabile corrisponde al momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie il tipo di procedura da seguire e risolve definitivamente la questione se sussista o meno l'obbligo di indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico (cfr. causa C-576/10, *Commissione europea contro Regno dei Paesi Bassi*, punto 52).

⁽⁸⁾ La decisione di aggiudicazione deve essere provata, ma non vi è alcun obbligo giuridico in merito alla forma esatta che detta decisione dovrebbe assumere. La valutazione dei criteri di cui all'articolo 7, del reg. del., non costituisce, di per sé, una decisione di aggiudicazione, bensì la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice assunta sulla base della valutazione può essere adottata a decorrere dalla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice decide definitivamente di non indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico.

Sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia europea (CGUE), la direttiva 2014/24/UE disciplina specificamente l'affidamento dei compiti a entità pubbliche possedute e controllate da un'amministrazione aggiudicatrice (cooperazione verticale, o «interna») e cooperazione interamministrativa (cooperazione orizzontale). Fino alla data di recepimento della direttiva 2014/24/UE, l'aggiudicazione degli appalti nel contesto di entrambi i tipi di cooperazione deve rispettare le condizioni stabilite dalla giurisprudenza (cfr. sezioni 3.5.1 e 3.6.1).

Va osservato che l'eventuale individuazione nei programmi dei fondi SIE di organismi che attuano gli strumenti finanziari non dispensa le amministrazioni aggiudicatrici dall'applicare le norme e i principi sugli appalti pubblici nella selezione di tali organismi.

3. Selezione degli organismi che attuano gli strumenti finanziari

3.1. Selezione in conformità delle norme e dei principi in materia di appalti pubblici

Al di là delle situazioni di seguito descritte e del caso in cui le autorità di gestione decidano di attuare direttamente uno strumento finanziario a norma dell'articolo 38, paragrafo 4, lettera c), dell'RDC, esse sono tenute a selezionare organismi che attuano gli strumenti finanziari in conformità delle norme e dei principi in materia di appalti pubblici. Dette norme devono essere rispettate al contempo da organismi intermedi⁽⁹⁾ e da organismi che attuano il fondo di fondi che sono amministrazioni aggiudicatrici.

L'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri rispetta i principi del TFUE e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti sono coordinate in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza. Per siffatti appalti pubblici si applicano le direttive in materia di appalti pubblici (direttiva 2004/18/CE o 2014/24/UE).

3.1.1. Selezione in conformità delle disposizioni della direttiva 2004/18/CE o della direttiva 2014/24/UE

3.1.1.1. Soglia

Per gli appalti di servizi, l'articolo 7 della direttiva 2004/18/CE e l'articolo 4 della direttiva 2014/24/UE prevedono due soglie oltre le quali la pertinente direttiva trova applicazione⁽¹⁰⁾:

- 135 000 EUR per gli appalti pubblici di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato IV della direttiva 2004/18/CE e nell'allegato I della direttiva 2014/24/UE;
- 209 000 EUR per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici di diversa natura.

A norma dell'articolo 7 della direttiva 2004/18/CE e dell'articolo 4 della direttiva 2014/24/UE, la soglia si applica al valore stimato dei servizi forniti dall'organismo che attua lo strumento finanziario al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA).

Per i servizi bancari e altri servizi finanziari, il valore da assumere come base di calcolo del valore stimato dell'appalto è il seguente: gli onorari, le commissioni da pagare, gli interessi e altre forme di remunerazione (articolo 9, paragrafo 8, della direttiva 2004/18/UE e articolo 5, paragrafo 13, della direttiva 2014/24/UE).

3.1.1.2. Orientamenti in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici

Per le amministrazioni aggiudicatrici può risultare utile fare riferimento agli orientamenti destinati agli operatori del settore per evitare gli errori più comuni in materia di appalti pubblici⁽¹¹⁾, sebbene essi tengano conto degli appalti conformemente alla direttiva 2004/18/CE. Questi orientamenti comprendono promemoria su punti specifici che richiedono particolare attenzione, come ad esempio la determinazione del contenuto della gara d'appalto, la scelta della procedura adeguata di selezione, la definizione di adeguati criteri di esclusione, la selezione e l'aggiudicazione (evitando di confonderli), la necessità di rispettare i termini applicabili per dare agli offerenti il tempo sufficiente per la preparazione e la presentazione di un'offerta e la necessità di documentare correttamente la valutazione delle offerte sulla base dei criteri annunciati.

⁽⁹⁾ Un organismo intermedio è definito all'articolo 2, paragrafo 18, dell'RDC, «come qualsiasi organismo pubblico o privato che agisce sotto la responsabilità di un'autorità di gestione o di certificazione o che svolge mansioni per conto di questa autorità in relazione dei beneficiari che attuano le operazioni». Gli organismi intermedi dovrebbero essere selezionati conformemente alle norme applicabili, comprese quelle in materia di appalti pubblici e, se del caso, alle loro eccezioni. L'articolo 123, paragrafo 6, dell'RDC consente agli Stati membri di «designare uno o più organismi intermedi per lo svolgimento di determinati compiti dell'autorità di gestione o di certificazione sotto la responsabilità di detta autorità». Detta disposizione si applica al FESR, al FSE, al fondo di coesione e al FEAMP. L'articolo 66, paragrafo 2, del regolamento (UE) n. 1305/2013 prevede la stessa possibilità per il FEASR, stabilendo che l'autorità di gestione mantiene la piena responsabilità per l'efficienza e la correttezza delle attività di gestione e implementazione delegate a un altro organismo e garantisce che tutti i dati e le informazioni necessarie siano forniti all'organismo intermedio per l'esecuzione di tali compiti.

⁽¹⁰⁾ Dette soglie sono oggetto di revisione ogni due anni, a norma dell'articolo 6 della direttiva 2014/24/UE.

⁽¹¹⁾ Ufficio delle pubblicazioni - ISBN 978-92-79-50323-8 - non ancora comunicate agli Stati membri nella versione finale.

3.1.1.3. Scelta della procedura

Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero decidere in merito alla procedura di aggiudicazione più appropriata per la selezione degli organismi che attuano gli strumenti finanziari.

Per acquisti particolarmente complessi, procedure specifiche come la procedura competitiva con negoziazione o il dialogo competitivo (cfr. Articoli da 28 a 31, della direttiva 2004/18/CE e articolo 26, della direttiva 2014/24/UE) sono disponibili nelle direttive sugli appalti pubblici, consentendo, a determinate condizioni, di soddisfare le esigenze specifiche dell'amministrazione aggiudicatrice.

A norma dell'articolo 26, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE l'una o l'altra delle due suddette procedure possono essere impiegate, tra l'altro, nel caso in cui le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice non possano essere soddisfatte senza l'adozione di soluzioni immediatamente disponibili e nel caso in cui l'appalto non possa essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla loro natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica o a causa dei rischi ad esse collegati. Spetta all'amministrazione aggiudicatrice valutare la sussistenza di tali circostanze specifiche.

La direttiva prevede inoltre la possibilità di impiegare le stesse procedure in caso di fallimento della procedura di aggiudicazione. A norma dell'articolo 26, paragrafo 4, lettera b), della direttiva 2014/24/UE una procedura competitiva con negoziazione o un dialogo competitivo possono altresì essere impiegati qualora, in risposta a una procedura aperta o ristretta, siano presentate soltanto offerte irregolari o inaccettabili. In siffatta situazione, allorché la procedura includa tutti gli offerenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 57 a 64, della direttiva 2014/24/UE, che nella procedura aperta o ristretta precedente hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di appalto, la pubblicazione di un bando di gara non è richiesta.

3.1.1.4. Ricorso agli accordi quadro

Al fine di evitare la necessità di modifiche dell'appalto e gestire i cambiamenti nel perimetro dei compiti da affidare, in futuro le amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrere a un accordo quadro ⁽¹²⁾.

Gli accordi quadro offrono una certa flessibilità nella gestione degli appalti concernenti servizi finanziari in quanto consentono di adeguare il volume dei servizi alle esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici e/o dei beneficiari. Dal momento che non è sempre semplice prevedere il volume di richieste dei beneficiari di strumenti finanziari, il ricorso a un accordo quadro può assicurare la flessibilità necessaria per comprendere volumi inferiori o superiori.

Va rammentato che le amministrazioni aggiudicatrici non sono obbligate ad aggiudicare appalti specifici sulla base degli accordi quadro per l'intero importo previsto. Pertanto, se un accordo quadro contempla vari tipi di strumenti finanziari e se uno strumento finanziario specifico risulta non essere concepito correttamente e adeguato alle esigenze dei destinatari finali, non vi è alcun obbligo di firmare qualsivoglia contratto specifico per attuare tale strumento.

Avvalersi delle medesime condizioni per diversi servizi finanziari comporta il rischio che il prezzo o le condizioni per un servizio finanziario specifico (o strumento) siano interessate da quelle relative ad altri servizi finanziari, anche se non vi sono collegamenti materiali tra i servizi (o strumenti). Per tale motivo, qualora ci si avvalga degli accordi quadro si consiglia di ricorrere a lotti. Ciò consente di valutare separatamente il prezzo e la qualità di ogni lotto e in base ai propri meriti. Gli offerenti possono adeguare le offerte compensando le condizioni economiche o di qualità in base ai lotti in modo da presentare offerte con i migliori vantaggi per molti di tali lotti o per compiere uno sforzo su un lotto specifico maggiormente adeguato alle specifiche capacità.

Prima di avviare la procedura di aggiudicazione, le amministrazioni aggiudicatrici sono invitate ad analizzare gli obiettivi specifici di ogni servizio finanziario (o strumento) in relazione alla determinazione dei destinatari finali interessati dallo strumento al fine di definire l'oggetto di ogni appalto. La flessibilità degli accordi quadro consente l'aggiudicazione nel caso in cui lo strumento finanziario sia un successo in termini di domanda e di prova qualora uno tipo specifico di strumento finanziario corrisponda alle esigenze dei destinatari finali in uno specifico settore economico.

Il valore stimato dell'accordo quadro (che deve essere riportato nel bando di gara), calcolato come valore massimo stimato, al netto dell'IVA, di tutti gli appalti previsti per il periodo complessivo dell'accordo quadro, dovrebbe essere valutato tenendo conto della possibilità di coprire gli aumenti degli importi conferiti per la gestione all'organismo che attua lo strumento finanziario

⁽¹²⁾ Cfr. articolo 1, paragrafo 5, della direttiva 2004/18/CE e articolo 33, della direttiva 2014/24/UE.

Per quanto riguarda la durata dell'accordo quadro, a norma dell'articolo 33, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE la durata di un accordo quadro non deve superare i quattro anni, salvo casi eccezionali debitamente giustificati, in particolare da parte del soggetto dell'accordo quadro. Tuttavia, come chiarito nel considerando 62 della direttiva, «mentre gli appalti basati su un accordo quadro devono essere aggiudicati prima della scadenza dell'accordo quadro stesso, la durata dei singoli appalti basati su un accordo quadro non deve necessariamente coincidere con la durata di tale accordo quadro ma potrebbe eventualmente essere inferiore o superiore».

3.1.1.5. Modifiche contrattuali

Le modifiche contrattuali di cui alla direttiva 2004/18/CE e in forza della relativa giurisprudenza sono possibili unicamente qualora le informazioni siano state rese note nel bando di gara in favore di tutti i potenziali offerenti e se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, siano state previste nella documentazione di gara in clausole di revisione chiare, precise e inequivocabili. In tal caso, l'amministrazione aggiudicatrice avrà la facoltà di avvalersi dello stesso organismo che attua lo strumento finanziario per le successive modifiche al contributo iniziale fino all'importo indicativo aggiudicato. Qualora tali condizioni non siano soddisfatte e l'amministrazione aggiudicatrice modifichi sostanzialmente un appalto senza una nuova aggiudicazione, detta modifica comporterebbe un cambiamento delle condizioni di aggiudicazione iniziali in misura contraria al principio di trasparenza e di parità di trattamento e pertanto ciò costituirebbe un'irregolarità.

A norma della direttiva 2014/24/UE le modifiche contrattuali sono possibili senza una nuova procedura di aggiudicazione, in particolare nei seguenti casi, a patto che siano soddisfatte le condizioni specifiche di cui all'articolo 72 della direttiva:

- se le modifiche sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare e inequivocabili che fissano la portata e la natura di eventuali modifiche od opzioni, nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate. Le clausole non apportano modifiche o opzioni che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro. Al fine di includere la possibilità di aumentare il contributo del programma allo strumento finanziario in un secondo momento, nell'aggiudicare i pertinenti servizi finanziari l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe valutare ex ante i possibili contributi aggiuntivi del programma e l'impatto sul valore stimato del contratto.
- per servizi aggiuntivi da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente risulti impraticabile per motivi economici e comporti per l'amministrazione aggiudicatrice notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi. A norma dell'articolo 72 l'eventuale aumento di prezzo non è superiore al 50 % del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare la direttiva;
- ove la necessità di modifica sia determinata da circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice diligente non ha potuto prevedere, la modifica non altera la natura generale del contratto e l'aumento di prezzo non è superiore al 50 % del valore del contratto iniziale o dell'accordo quadro (in caso di numerose modifiche successive le condizioni indicate sopra si applicano);
- se un nuovo contraente sostituisce quello a cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze: i) una clausola o opzione di revisione inequivocabile in conformità della lettera a); ii) all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfa i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della presente direttiva; o iii) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice stessa si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori, ove tale possibilità sia prevista dalla legislazione nazionale a norma dell'articolo 71 della direttiva;
- se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali ⁽¹³⁾;

⁽¹³⁾ A norma dell'articolo 72, paragrafo 4 «una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua validità è considerata sostanziale [...] quando muta sostanzialmente la natura del contratto o dell'accordo quadro rispetto a quello inizialmente concluso. In ogni caso, fatti salvi i paragrafi 1 e 2, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

- a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;
- b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale o nell'accordo quadro;
- c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto o dell'accordo quadro;
- d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al paragrafo 1, lettera d).»

- se il valore della modifica è al di sotto delle soglie di applicazione della direttiva 2014/24/UE e il 10 % del valore del contratto iniziale per gli appalti di servizi. La modifica non può inoltre alterare la natura complessiva del contratto o accordo quadro. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche (diversamente da come indicato precedentemente).

Conclusione:

Le amministrazioni aggiudicatrici che intendono aumentare l'importo dei contributi ai programmi per strumenti finanziari attuati da organismi già selezionati (nel corso del periodo di programmazione 2007-2013, per esempio) sono tenute a verificare attentamente se sono soddisfatte le condizioni per una tale modifica del contratto.

Al fine di anticipare eventuali aumenti dei contributi al programma successivi in futuro, si raccomanda inoltre alle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere la conclusione degli accordi quadro piuttosto che procedere a modifiche contrattuali.

3.1.2. *Al di sotto delle soglie della direttiva: selezione in base ai principi del trattato*

Al di sotto delle soglie delle direttive sugli appalti pubblici, la selezione degli organismi che attuano gli strumenti finanziari deve essere conforme ai principi del trattato qualora l'appalto rivesta un interesse transfrontaliero.

I principi del trattato da rispettare sono la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi nonché la parità di trattamento, la non discriminazione, il riconoscimento reciproco, la trasparenza e la proporzionalità.

La Commissione, sulla base della giurisprudenza della CGUE, ha pubblicato una comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici», del 23 giugno 2006 ⁽¹⁴⁾, in cui sono elaborati gli obblighi che discendono da tali principi.

In base alla giurisprudenza della CGUE, i principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione comportano un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza. L'obbligo di trasparenza implica che un'impresa situata sul territorio di un altro Stato membro possa avere accesso ad informazioni adeguate relative all'appalto prima che esso sia aggiudicato, in modo tale che, se tale impresa lo desidera, sia in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere tale appalto.

Ciò richiede la pubblicazione di un avviso pubblicitario sufficientemente accessibile prima dell'aggiudicazione dell'appalto. Tale avviso pubblicitario deve essere pubblicato dall'amministrazione aggiudicatrice nell'intento di aprire alla concorrenza l'aggiudicazione dell'appalto. Spetta alle amministrazioni aggiudicatrici scegliere il mezzo più adeguato a garantire la pubblicità dei loro appalti.

Gli obblighi derivanti dai principi del trattato si applicano agli appalti che siano inferiori alle soglie delle direttive che rivestono un interesse transfrontaliero. L'esistenza di un certo interesse transfrontaliero è valutata dalle singole entità aggiudicatrici sulla base di una valutazione delle circostanze specifiche del caso, quali l'oggetto dell'appalto, il suo importo stimato, in correlazione con il luogo in cui il lavoro è svolto o con le caratteristiche tecniche dell'appalto ⁽¹⁵⁾, le particolari caratteristiche del settore in questione (dimensioni e struttura del mercato, prassi commerciali ecc.).

3.2. *Designazione della BEI*

La BEI è uno degli organismi individuati dall'RDC i cui compiti di esecuzione degli strumenti finanziari possono essere affidati dalle autorità di gestione (articolo 38, paragrafo 4, lettera b), punto i) dell'RDC).

In quanto il rapporto tra gli Stati membri e la BEI è disciplinato dal diritto primario ⁽¹⁶⁾, l'accesso alle attività statutarie della BEI non può essere assoggettato a regole procedurali e a condizioni estranee alle disposizioni riguardanti le attività della BEI a norma del diritto primario dell'UE. Ciò significa che le disposizioni delle direttive sugli appalti pubblici (che sono di diritto derivato) non si applicano ai mandati in materia di gestione degli strumenti finanziari conclusi tra un'autorità di gestione e la BEI. Pertanto, tali contratti possono essere conclusi direttamente con la BEI.

Se l'appalto è aggiudicato direttamente da un'autorità di gestione alla BEI per l'attuazione di un fondo di fondi, la BEI selezionerà gli intermediari finanziari per attuare gli strumenti finanziari sulla base delle sue regole e procedure interne; dal momento che la BEI è soggetta al trattato, deve rispettare i principi del trattato.

⁽¹⁴⁾ L'interpretazione della Commissione è stata confermata dal Tribunale in una sentenza del 20 maggio 2010, causa T-258/06 *Repubblica federale di Germania contro Commissione europea*.

⁽¹⁵⁾ Causa C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL contro Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia*, punto 20. La vicinanza rispetto alla frontiera potrebbe tuttavia portare a ritenere gli appalti di basso valore come aventi un qualsivoglia interesse transfrontaliero (cause riunite C-147/06 e C-148/06, *SECAP SpA (C-147/06) e Santorso Soc. coop. arl (C-148/06)*, contro *Comune di Torino*, punto 31).

⁽¹⁶⁾ Cfr. articolo 175 del TFUE.

Inoltre a norma dell'articolo 7, paragrafo 3, del reg. del., qualora la BEI a sua volta affidi compiti di esecuzione a un intermediario finanziario, la selezione deve altresì rispettare gli obblighi specifici previsti da tale disposizione (cfr. sezione 3.7).

Conclusione:

Le autorità di gestione, gli organismi intermedi e gli organismi di attuazione del fondo di fondi che sono amministrazioni aggiudicatrici possono concludere mandati riguardanti l'attuazione degli strumenti finanziari direttamente con la BEI, ovvero senza un processo concorrenziale ⁽¹⁷⁾.

3.3. *Designazione del FEI*

Il FEI è stato istituito nel 1994 dal Consiglio dei governatori della BEI (che rappresenta gli Stati membri), sulla base di un atto di diritto primario dell'UE ⁽¹⁸⁾. L'atto ha aggiunto l'articolo 30 allo statuto della BEI, allegato al trattato, per conferire al Consiglio dei governatori il potere d'istituire un Fondo europeo per gli investimenti. In base a tale articolo (nel frattempo sostituito da un articolo generale sulla costituzione di una nuova filiazione della BEI, l'attuale articolo 28 del protocollo (n. 5) sullo statuto della BEI), il FEI ha personalità giuridica e autonomia finanziaria analoga a quella della BEI.

A norma dell'articolo 2 del suo statuto, il compito del FEI è contribuire al perseguimento degli obiettivi comunitari fornendo garanzie e acquisendo partecipazioni in imprese. Il FEI può altresì svolgere altre attività collegate o derivanti da tali compiti.

Quanto alla BEI, l'impostazione del FEI è caratterizzata da uno stretto legame con l'Unione europea per quanto riguarda gli obiettivi. Il FEI intende contribuire agli obiettivi e ai compiti dell'Unione attraverso attività tese al perseguimento degli obiettivi dell'UE.

L'articolo 2, paragrafo 23, dell'RDC definisce la «BEI», ai fini dell'RDC, come comprendente la BEI, il FEI o qualsivoglia (altra) società controllata della BEI. Il FEI è pertanto individuato anche dall'RDC fra gli organismi i cui compiti di esecuzione degli strumenti finanziari possono essere affidati dalle autorità di gestione (articolo 38, paragrafo 4, lettera b), punto i) dell'RDC).

A motivo dello status speciale del FEI, i mandati riguardanti la gestione degli strumenti finanziari tra le autorità di gestione e il FEI possono essere conclusi direttamente.

Se l'appalto è aggiudicato direttamente da un'autorità di gestione al FEI per l'attuazione di un fondo di fondi, il FEI selezionerà gli intermediari finanziari per attuare gli strumenti finanziari sulla base delle sue regole e procedure interne; dal momento che il FEI è soggetto al trattato, deve rispettare i principi del trattato.

Inoltre a norma dell'articolo 7, paragrafo 3, del reg. del., qualora il FEI a sua volta affidi compiti di esecuzione a un intermediario finanziario, la selezione deve altresì rispettare gli obblighi specifici previsti da tale disposizione (cfr. sezione 3.7).

Conclusione:

Le autorità di gestione, gli organismi intermedi e gli organismi di attuazione del fondo di fondi che sono amministrazioni aggiudicatrici possono concludere mandati riguardanti l'attuazione degli strumenti finanziari direttamente con il FEI, ovvero senza un processo concorrenziale ⁽¹⁹⁾.

3.4. *Designazione di un istituto finanziario internazionale*

Le autorità di gestione possono valutare la possibilità di affidare l'attuazione di uno strumento finanziario a un'istituzione finanziaria internazionale, come previsto dall'articolo 38, paragrafo 4, lettera b), punto ii) dell'RDC.

L'RDC non contempla una definizione di istituzione finanziaria internazionale. Le istituzioni finanziarie internazionali possono essere definite come istituzioni finanziarie costituite da almeno due paesi attraverso accordi intergovernativi per fornire sostegno finanziario alle attività di sviluppo economico e sociale. I proprietari o azionisti sono generalmente i governi nazionali, ma possono anche essere altre istituzioni internazionali e/o altre organizzazioni.

L'affidamento dei compiti di esecuzione di uno strumento finanziario a un istituto finanziario internazionale può essere realizzato direttamente da un'autorità di gestione, a condizione che lo Stato membro avente designato l'autorità di gestione ⁽²⁰⁾ sia membro dell'istituzione finanziaria internazionale e che i compiti affidati rientrino nella missione statutaria dell'istituzione. Tale possibilità è altresì aperta alle medesime condizioni per organismi intermedi e organismi che attuano fondi di fondi che siano amministrazioni aggiudicatrici.

⁽¹⁷⁾ Come previsto dall'articolo 13, paragrafo 6, del reg. del., in assenza di un processo competitivo trovano applicazione le soglie relative ai costi e alle commissioni di gestione.

⁽¹⁸⁾ Atto che modifica il protocollo sullo statuto della Banca europea per gli investimenti per conferire al Consiglio dei governatori il potere d'istituire un Fondo europeo per gli investimenti, GU L 173 del 7.7.1994, pag. 14.

⁽¹⁹⁾ Come previsto dall'articolo 13, paragrafo 6, del reg. del., in assenza di un processo competitivo trovano applicazione le soglie relative ai costi e alle commissioni di gestione.

⁽²⁰⁾ Nell'ambito dei programmi di CTE, è lo Stato membro in cui ha sede l'autorità di gestione.

Nel designare un istituto finanziario internazionale (tranne la BEI e il FEI), le autorità di gestione sono tenute a controllare che l'istituzione sia conforme ai criteri di selezione di cui all'articolo 7, paragrafo 1 e 2, del reg. del.

In seguito all'affidamento dei compiti di esecuzione di un fondo di fondi a un'istituzione finanziaria internazionale da parte di un'autorità di gestione, l'istituzione finanziaria internazionale può selezionare gli intermediari finanziari per attuare gli strumenti finanziari. La selezione degli intermediari finanziari da parte dell'istituzione finanziaria internazionale sarà effettuata conformemente alle regole dell'istituzione finanziaria internazionale.

Inoltre a norma dell'articolo 7, paragrafo 3, del reg. del., qualora l'istituzione finanziaria internazionale affidi a sua volta compiti di esecuzione a intermediari finanziari, la selezione deve rispettare gli obblighi specifici previsti da tale disposizione (cfr. sezione 3.7).

Conclusione:

Le autorità di gestione possono concludere direttamente con l'istituzione finanziaria internazionale di cui sia membro lo Stato membro mandati riguardanti la gestione degli strumenti finanziari, ovvero senza processo concorrenziale⁽²¹⁾, a condizione che i compiti affidati rientrino nella missione statutaria dell'istituzione.

3.5. Aggiudicazione in house

Il solo fatto che entrambe le parti di un accordo siano esse stesse autorità pubbliche non esclude di per sé l'applicazione delle norme sugli appalti.

L'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici non dovrebbe tuttavia interferire con la libertà delle autorità pubbliche di svolgere i compiti di servizio pubblico affidati loro utilizzando le loro stesse risorse, compresa la possibilità di cooperare con altre autorità pubbliche.

In tale contesto, l'autorità di gestione può valutare la possibilità di affidare l'attuazione di uno strumento finanziario a un'entità in house⁽²²⁾. Tale possibilità è altresì applicabile agli organismi intermedi e agli organismi che attuano i fondi di fondi che siano amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che le condizioni di seguito descritte siano rispettate.

Prima dell'adozione della direttiva 2014/24/UE, la giurisprudenza definiva le condizioni per concludere appalti direttamente con le entità possedute e controllate da un'amministrazione aggiudicatrice («entità in house»).

Le condizioni che rendono possibile tale aggiudicazione diretta sono state successivamente definite e ampliate dalla direttiva 2014/24/UE. L'adempimento di tali condizioni deve essere oggetto di una minuziosa valutazione caso per caso.

Nel designare un'entità in house, è necessario altresì garantire il rispetto delle condizioni di cui all'articolo 7 del reg. del.

3.5.1. Condizioni per l'aggiudicazione alle entità in house fino al recepimento della direttiva 2014/24/UE o al massimo entro il 18 aprile 2016

Conformemente alla giurisprudenza, se un'autorità pubblica che sia un'amministrazione aggiudicatrice decide di non svolgere i compiti ad essa attribuiti nel pubblico interesse impiegando le proprie risorse amministrative, tecniche e di altra natura, essa può aggiudicare direttamente l'attuazione di tali compiti ad altre entità se i) sono al 100 % di proprietà pubblica, ii) essa esercita sulle entità di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e iii) tali entità svolgono la parte essenziale delle attività per le amministrazioni o l'amministrazione aggiudicatrice controllante.

3.5.1.1. Condizione relativa alla piena proprietà pubblica

Quanto al primo criterio, è necessaria una proprietà pubblica dell'entità al 100 %.

3.5.1.2. Condizione relativa al controllo analogo

L'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad esercitare sull'entità di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi. Tale controllo può essere esercitato individualmente o congiuntamente⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ Come previsto dall'articolo 13, paragrafo 6, del reg. del., in assenza di un processo competitivo trovano applicazione le soglie relative ai costi e alle commissioni di gestione.

⁽²²⁾ L'affidamento in house, purché siano soddisfatte le condizioni ad esso relative, può permettere un'aggiudicazione diretta di un appalto alle istituzioni finanziarie stabilite in uno Stato membro che mirano al conseguimento di obiettivi di interesse pubblico sotto il controllo di un'autorità pubblica di cui all'articolo 38, paragrafo 4, lettera b), punto ii), dell'RDC e di organismi di diritto pubblico o privato di cui all'articolo 38, paragrafo 4, lettera b), punto iii), dell'RDC.

⁽²³⁾ È difficile prevedere un'impostazione in cui un'amministrazione aggiudicatrice possa avere un controllo efficace su un'entità in house senza nemmeno possedere parzialmente l'entità.

Nozione di amministrazione aggiudicatrice

Il controllo deve essere esercitato dalle amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, in base all'allegato I della direttiva. La condizione di controllo efficace è pertanto soddisfatta nella fattispecie in cui, ad esempio, un dipartimento di un ministero intende aggiudicare un appalto a un'entità in house dello Stato e un controllo efficace è esercitato da un altro dipartimento dello stesso ministero attraverso la partecipazione alle strutture di governance dell'entità in house. Tuttavia essa non è soddisfatta, ad esempio, nelle seguenti fattispecie:

- se un ministero centrale intende aggiudicare un appalto a un'entità in house dello Stato e il controllo efficace è esercitato da un altro ministero centrale attraverso la partecipazione alle strutture di governance dell'entità in house.
- se un ministero regionale intende aggiudicare un appalto a un'entità in house dello Stato e un controllo efficace è esercitato da un ministero centrale attraverso la partecipazione alle strutture di governance dell'entità in house.

Controllo analogo:

Secondo la giurisprudenza consolidata⁽²⁴⁾, un «controllo analogo» sussiste se la società aggiudicataria è oggetto di un controllo che consenta all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. L'amministrazione aggiudicatrice non ha bisogno di esercitare la sua influenza decisiva nella pratica, è sufficiente che essa abbia la possibilità di esercitarla.

Il potere esercitato deve essere una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative di detta società aggiudicataria⁽²⁵⁾. In altre parole, l'amministrazione aggiudicatrice deve essere in grado di esercitare un controllo strutturale e funzionale sulla società aggiudicataria. Ciò non richiede necessariamente un controllo operativo a cadenza quotidiana⁽²⁶⁾.

La condizione del controllo analogo è soddisfatta laddove l'amministrazione aggiudicatrice prenda parte al consiglio di gestione o di sorveglianza dell'entità (una banca di promozione o di sviluppo, per esempio) e abbia la facoltà di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative di detta entità.

Per valutare se l'amministrazione aggiudicatrice possa esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative dell'entità, la Corte di giustizia esamina i) la sussistenza di una partecipazione privata nel capitale dell'entità, ii) la composizione dei suoi organismi decisionali e iii) la portata dei poteri conferiti al consiglio direttivo⁽²⁷⁾.

Secondo la CGUE, la partecipazione di un'impresa privata, anche di minoranza, nel capitale di una società in cui un'amministrazione aggiudicatrice sia anch'essa partecipante, esclude la possibilità che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi⁽²⁸⁾.

Tuttavia il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice concedente detiene, da sola o insieme ad altre amministrazioni aggiudicatrici, tutto il capitale azionario in un'entità, tende a indicare - generalmente, ma non in via definitiva - che la prima eserciti su detta entità un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi⁽²⁹⁾.

Il fatto che gli organismi decisionali dell'entità sono composti da rappresentanti delle amministrazioni aggiudicatrici che possiedono l'entità dimostra che l'entità è sotto il controllo delle amministrazioni aggiudicatrici, che sono quindi in grado di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici dell'entità che sulle decisioni significative.

È necessario verificare l'estensione dei poteri conferiti al Consiglio direttivo per valutare se l'entità è orientata al mercato e ha un grado di indipendenza tale da indebolire il controllo esercitato dalle amministrazioni aggiudicatrici ad essa affiliati.

La forma giuridica della società deve essere presa in considerazione a causa del fatto che alcune forme di società possono perseguire obiettivi indipendentemente dai loro azionisti.

Se in virtù del proprio statuto l'entità si propone di perseguire gli interessi dei proprietari e non persegue interessi distinti da quelli delle amministrazioni affiliate aggiudicatrici, ciò indica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice.

Il controllo esercitato dalle amministrazioni aggiudicatrici, attraverso gli organismi statutari, sulle decisioni di tale entità può essere considerato tale da consentire a tali autorità di esercitare su tale entità un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

⁽²⁴⁾ Causa C-107/98, *Teckal*.

⁽²⁵⁾ Causa C-458/03, *Parking Brixen*, punti da 63 a 70; causa C-340/04, *Carbotermo*, punto 38; causa C-324/07, *Coditel Brabant*, punto 28, e causa C-573/07, *Sea*, punto 65.

⁽²⁶⁾ Cause riunite C-182/11 e C-183/11, *Econord SpA contro Comune di Cagno e Comune di Varese (C-182/11) e Comune di Solbiate e Comune di Varese (C-183/11)*, punto 27.

⁽²⁷⁾ Causa C-324/07, *Coditel Brabant SA contro Commune d'Uccle e Région de Bruxelles-Capitale*, punto 29.

⁽²⁸⁾ Causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, punto 49.

⁽²⁹⁾ Causa C-340/04, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, punto 37, e causa C-295/05 *Asemfo*, Racc. 2007 I-2999, punto 57.

Il controllo deve essere efficace ⁽³⁰⁾. Non è sufficiente che il controllo esercitato consista essenzialmente nei poteri conferiti dal diritto societario alla maggioranza degli azionisti, che si traduce in limiti al potere dell'amministrazione aggiudicatrice di influenzare le decisioni di tali società ⁽³¹⁾.

Il controllo analogo può essere esercitato individualmente o congiuntamente:

Non è essenziale che il controllo sia esercitato singolarmente: il controllo analogo congiunto è ammesso. In base alla giurisprudenza, qualora ci si avvalga di un'entità posseduta congiuntamente da un certo numero di amministrazioni aggiudicatrici, il «controllo analogo» può essere esercitato congiuntamente da dette autorità, senza che sia essenziale che ciascuna di esse eserciti individualmente detto controllo. Le decisioni possono essere adottate a maggioranza, a seconda dei casi ⁽³²⁾.

La Corte ha riconosciuto che, in talune circostanze, la condizione relativa al controllo esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice potrebbe essere soddisfatta allorché tale autorità detenga solamente lo 0,25 % del capitale di un'impresa pubblica ⁽³³⁾. Il controllo analogo congiunto è possibile altresì laddove la percentuale di partecipazione sia molto bassa, purché i diritti che derivano da tale partecipazione siano sufficienti perché gli azionisti possano esercitare congiuntamente un controllo efficace ⁽³⁴⁾.

Qualora un'autorità di gestione, un organismo intermedio o un organismo che attua un fondo di fondi che è un'amministrazione aggiudicatrice partecipi nell'organismo decisionale di un'entità posseduta e controllata collettivamente da diversi proprietari pubblici, è necessario valutare la sussistenza di un controllo analogo congiunto sull'entità.

3.5.1.3. Condizione relativa alla parte essenziale delle attività dell'entità svolte per l'amministrazione o le amministrazioni pubbliche di controllo

L'entità è tenuta a realizzare la parte essenziale delle attività per l'amministrazione o le amministrazioni aggiudicatrici di controllo, ossia a svolgere i compiti a essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice di controllo o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice, a prescindere dal beneficiario dell'esecuzione dell'appalto. Finora la CGUE non ha definito una percentuale che costituirebbe la parte essenziale dell'attività di un'entità ⁽³⁵⁾.

Nel caso in cui l'autorità di gestione non sia l'unico proprietario e controllore dell'entità, la condizione per cui l'entità realizza la parte essenziale dell'attività per l'amministrazione o le amministrazioni aggiudicatrici di controllo è soddisfatta anche se al momento dell'aggiudicazione dell'appalto l'entità in house non svolge specificamente compiti affidati dall'autorità di gestione, purché la parte essenziale dell'attività di tale entità sia costituita dai compiti affidati dalle altre amministrazioni che la controllano.

Conclusione:

L'autorità di gestione, l'organismo intermedio o l'organismo che attua un fondo di fondi che è un'amministrazione aggiudicatrice può, pertanto, alle condizioni di cui sopra, affidare i compiti di esecuzione degli strumenti finanziari a un'entità di proprietà pubblica al 100 % (ad esempio una banca di sviluppo) su cui esercita un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi purché tale entità svolga la parte essenziale dell'attività per l'amministrazione o le amministrazioni di controllo aggiudicatrici. La selezione degli intermediari finanziari da parte di entità in house deve rispettare le norme e i principi in materia di appalti pubblici, a condizione che le entità in house siano esse stesse amministrazioni aggiudicatrici.

3.5.2. Condizioni per l'aggiudicazione alle entità in house in seguito al recepimento della direttiva 2014/24/UE (articolo 12 della direttiva 2014/24/UE) o dopo il 18 aprile 2016

A norma dell'articolo 12 della direttiva 2014/24/UE, un'amministrazione aggiudicatrice può concludere un appalto pubblico con una persona giuridica controllata purché siano soddisfatte le tre seguenti condizioni cumulative.

⁽³⁰⁾ Causa C-324/07, *Coditel Brabant SA contro Commune d'Uccle e Région de Bruxelles-Capitale*, punto 54.

⁽³¹⁾ Causa C-458/03, *Parking Brixen*, punto 69 e causa C-340/04, *Carbotermo*, punto 39. Nel contesto del caso in esame, la CGUE ha ritenuto che il controllo non è analogo a quello esercitato da un'amministrazione aggiudicatrice sui propri servizi laddove gli statuti di una società non riservino all'amministrazione alcun controllo o poteri di voto specifici per limitare la libertà d'azione conferita da un Consiglio di amministrazione a cui sono conferiti i più ampi poteri possibili di gestione ordinaria e straordinaria della società e laddove sia esercitata un'influenza dell'amministrazione aggiudicatrice sull'entità in house attraverso una società finanziaria in quanto l'intervento di tale intermediario può, in funzione delle circostanze di ciascun caso, indebolire qualsivoglia controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni per il solo fatto che essa detiene azioni in tale società.

⁽³²⁾ Causa C-324/07, *Coditel Brabant SA contro Commune d'Uccle e Région de Bruxelles-Capitale*, punto 54.

⁽³³⁾ Causa C-295/05, *Asemfo*, punti da 56 a 61.

⁽³⁴⁾ Causa C-182/11 *Econord SpA contro Comune di Cagno e Comune di Varese*, punto 33.

⁽³⁵⁾ Si può tuttavia notare che la CGUE ha accettato una percentuale pari al 90 % (cfr. causa C-295/05, *Asemfo*, punto 63).

3.5.2.1. Condizione riguardante la proprietà dell'entità in house

Nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Le forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, in conformità dei trattati, fanno riferimento a una partecipazione privata risultante da una procedura trasparente e non discriminatoria ⁽³⁶⁾ in conformità dei principi del trattato.

Non è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice che si avvalga dei servizi di un'entità in house detenga azioni in detta entità, a condizione che l'entità sia al 100 % di proprietà pubblica, che essa controlli l'entità in house (sezione 3.5.2.2) e che siano soddisfatti i criteri di attività (sezione 3.5.2.3) ⁽³⁷⁾.

3.5.2.2. Condizione relativa al controllo delle amministrazioni aggiudicatrici sulle entità in house

L'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad esercitare sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi. Codificando i criteri individuati dalla giurisprudenza, l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva, prevede che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Gli indicatori di influenza decisiva da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative dell'ente di cui alla sezione 3.5.1.2 sono pertanto pertinenti.

Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice (articolo 12, paragrafo 1), o congiuntamente, purché siano soddisfatte le condizioni stabilite all'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva ⁽³⁸⁾.

Salvo i casi di controllo congiunto, l'aggiudicazione diretta degli appalti pubblici è altresì possibile quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice aggiudica un appalto alla propria amministrazione aggiudicatrice controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata (v. articolo 12, paragrafo 2, della direttiva).

3.5.2.3. Condizione relativa all'attività svolta per le amministrazioni aggiudicatrici di controllo

La persona giuridica controllata è tenuta a realizzare più dell'80 % delle attività per lo svolgimento dei compiti a essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice di controllo o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice, a prescindere dal beneficiario dell'esecuzione dell'appalto. A norma dell'articolo 12, paragrafo 5, della direttiva 2014/24/UE, per determinare la percentuale delle attività si prende in considerazione il fatturato totale medio, o un'ideale misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto.

Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile.

⁽³⁶⁾ Cfr. causa C-64/08, *Engelmann*, punto 50 e causa C-25/14, *UNIS*, punto 39, che rammentano che senza necessariamente imporre di procedere a una gara d'appalto, l'obbligo di trasparenza comporta un livello di pubblicità adeguato che consenta, da un lato, un'apertura alla concorrenza e, dall'altro, il controllo dell'imparzialità della procedura di aggiudicazione.

⁽³⁷⁾ È difficile prevedere un'impostazione in cui un'amministrazione aggiudicatrice possa avere un controllo efficace su un'entità in house senza nemmeno possedere parzialmente l'entità.

⁽³⁸⁾ A norma dell'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE il controllo congiunto prevede che siano osservate le seguenti condizioni:

- i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti;
- ii) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; e
- iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.

Gli Stati membri sono autorizzati ad avvalersi di entrambi i metodi. Quando si utilizza il metodo della media totale del fatturato, il fatturato tiene conto di tutte le attività dell'entità (ad esempio, banca di promozione o di sviluppo), e da esso più dell'80 % deve essere generato dai compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice di controllo o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice.

Se un'autorità di gestione o un organismo intermedio designa un'entità in house quale organismo che attua il fondo di fondi e tale entità è un'amministrazione aggiudicatrice in forza della direttiva applicabile in materia di appalti pubblici, nel selezionare gli intermediari finanziari essa è tenuta a rispettare le norme e i principi sugli appalti pubblici. Inoltre a norma dell'articolo 7, paragrafo 3, del reg. del., la selezione deve rispettare gli obblighi specifici previsti da tale disposizione (cfr. sezione 3.7).

Alle istituzioni finanziarie stabilite in uno Stato membro che perseguono obiettivi di interesse pubblico sotto il controllo di un'autorità pubblica, di cui all'articolo 38, paragrafo 4, lettera b), punto ii), dell'RDC, possono essere affidati compiti di esecuzione degli strumenti finanziari laddove le condizioni succitate siano soddisfatte.

Conclusione:

Un'autorità di gestione, un organismo intermedio o un organismo che attua un fondo di fondi che è un'amministrazione aggiudicatrice può concludere contratti per l'attuazione degli strumenti finanziari direttamente con entità in house, a condizione che siano rispettati gli obblighi di cui all'articolo 12, della direttiva 2014/24/UE. La selezione degli intermediari finanziari da parte di entità in house deve rispettare le norme e i principi in materia di appalti pubblici qualora le entità in house siano esse stesse amministrazioni aggiudicatrici.

Esempio 1:

La regione X detiene il 100 % di una banca di sviluppo regionale, il cui compito, quale definito dal suo statuto, è sostenere lo sviluppo economico della regione.

La regione X presiede il consiglio di vigilanza della banca, il cui compito è fornire gli orientamenti strategici delle attività della banca e votare sul bilancio, sul personale e sulle nomine dei dirigenti della banca.

La banca può liberamente assumere decisioni di finanziamento a cadenza quotidiana, ovvero concedere crediti e garanzie alle imprese della regione che non rientrano nel campo di applicazione di quanto ritenuto «significativo». Le decisioni significative (come ad esempio le decisioni sulle strategie di prestito, sul personale, sul bilancio) sono oggetto dell'influenza determinante dell'amministrazione aggiudicatrice di controllo.

Risulta da tali disposizioni che la regione X esercita sulla banca un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

La regione X intende affidare alla banca di sviluppo regionale compiti di esecuzione di uno strumento finanziario.

Dal momento che controlla effettivamente la banca di cui essa è piena proprietaria e dal momento che la banca non ha attività commerciale di altra natura se non i compiti svolti per la regione X, vi è una relazione interna tra la regione X e la banca che consente alla regione X di affidare i compiti di esecuzione dello strumento finanziario alla banca, a condizione che la banca soddisfi gli obblighi di cui all'articolo 7, del reg. del.

Esempio 2:

La regione X detiene l'1 % di una banca di sviluppo nazionale il cui compito, definito dalla legge, è sostenere lo sviluppo economico nello Stato membro.

La regione X è membro del consiglio di vigilanza della banca. La banca può liberamente assumere decisioni di finanziamento a cadenza quotidiana, ovvero concedere crediti e garanzie alle imprese della regione che non rientrano nel campo di applicazione di quanto ritenuto «significativo». Le decisioni significative (come ad esempio le decisioni sulle strategie di prestito, sul personale, sul bilancio) sono tuttavia oggetto dell'influenza determinante dell'amministrazione aggiudicatrice di controllo. Sulla base dei diritti derivanti dalla sua adesione, risulta da tali disposizioni che la regione X esercita sulla banca un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Oltre ai compiti svolti per la regione X, la banca ha attività commerciali che rappresentano il 15 % del suo fatturato totale medio.

Nel mese di giugno 2016 (a norma della direttiva 2014/24/UE), la regione X intende affidare alla banca i compiti di esecuzione di uno strumento finanziario. Dal momento che essa controlla effettivamente la banca (anche se ne possiede solo l'1 %) e dal momento che la banca realizza oltre l'80 % delle sue attività per svolgere i compiti ad essa affidati dai proprietari⁽³⁹⁾ (così come calcolato sulla base del fatturato medio totale della banca per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto), vi è una relazione interna tra la regione X e la banca che consente alla regione X di affidare i compiti di esecuzione dello strumento finanziario alla banca, purché la banca soddisfi le prescrizioni di cui all'articolo 7, del reg. del.

⁽³⁹⁾ Supponendo, ai fini dell'esempio, che le condizioni di proprietà di un'entità in house di cui alla direttiva 2014/24/UE e sopra rammentate siano soddisfatte.

Esempio 3:

Lo Stato detiene il 100 % di una banca di sviluppo nazionale il cui compito è sostenere lo sviluppo economico nello Stato membro.

Il ministro X è membro del consiglio di vigilanza della banca. La banca può liberamente assumere decisioni di finanziamento a cadenza quotidiana, ovvero concedere crediti e garanzie alle imprese della regione che non rientrano nel campo di applicazione di quanto ritenuto «significativo». Le decisioni significative (come ad esempio le decisioni sulle strategie di prestito, sul personale, sul bilancio) sono tuttavia oggetto dell'influenza determinante dell'amministrazione aggiudicatrice di controllo, di conseguenza il ministro X esercita sulla banca un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Oltre ai compiti svolti per il ministro X, la banca ha attività commerciali che rappresentano il 15 % del suo fatturato totale medio.

Nel mese di giugno 2016 (a norma della direttiva 2014/24/UE), il ministro X intende affidare alla banca i compiti di esecuzione di uno strumento finanziario. Dal momento che esso controlla effettivamente la banca e dal momento che la banca realizza oltre l'80 % delle sue attività per svolgere i compiti ad essa affidati dai proprietari ⁽⁴⁰⁾ (così come calcolato sulla base del fatturato medio totale della banca per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto), vi è una relazione interna tra il ministro X e la banca che consente al ministro X di affidare i compiti di esecuzione dello strumento finanziario alla banca, purché la banca soddisfi le prescrizioni di cui all'articolo 7, del reg. del.

3.6. Cooperazione interamministrativa ⁽⁴¹⁾

Si ribadisce che il solo fatto che entrambe le parti di un accordo siano esse stesse autorità pubbliche non esclude di per sé l'applicazione delle norme sugli appalti.

L'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici non dovrebbe tuttavia interferire con la libertà delle autorità pubbliche di svolgere i compiti di servizio pubblico affidati loro utilizzando le loro stesse risorse, compresa la possibilità di cooperare con altre autorità pubbliche. Ulteriori chiarimenti in materia di cooperazione interamministrativa sono stati avanzati dalla direttiva 2014/24/UE, tenendo in considerazione la necessità di evitare distorsioni della concorrenza nei confronti degli operatori economici privati.

In tale contesto, un'autorità di gestione, organismo intermedio o organismo che attua un fondo di fondi, che è un'amministrazione aggiudicatrice, ha la facoltà di avvalersi della cooperazione interamministrativa per affidare compiti di esecuzione di uno strumento finanziario, purché le condizioni di tale cooperazione siano soddisfatte ⁽⁴²⁾.

La cooperazione interamministrativa per l'attuazione degli strumenti finanziari può essere attivata attraverso un contratto tra l'autorità di gestione, l'organismo intermedio o l'organismo che attua un fondo di fondi, che è un'amministrazione aggiudicatrice, e un'altra amministrazione aggiudicatrice che controlla al 100 % un'entità di proprietà pubblica in grado di attuare strumenti finanziari (ovvero un'entità in house). In alternativa, è possibile concludere direttamente un accordo di finanziamento tra l'autorità di gestione, l'organismo intermedio o l'organismo che attua il fondo di fondi, che è un'amministrazione aggiudicatrice e l'amministrazione aggiudicatrice che attua lo strumento finanziario. L'appalto/accordo di finanziamento dovrebbe contemplare le modalità di remunerazione dell'organismo che attua lo strumento finanziario ⁽⁴³⁾.

Nell'avvalersi di una cooperazione interamministrativa, l'autorità di gestione, l'organismo intermedio o l'organismo che attua un fondo di fondi che è un'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a garantire il rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 7, paragrafi 1 e 2 del reg. del.

⁽⁴⁰⁾ Supponendo, ai fini dell'esempio, che le condizioni di proprietà di un'entità in house di cui alla direttiva 2014/24/UE e sopra rammentate siano soddisfatte.

⁽⁴¹⁾ A patto che le condizioni per una cooperazione interamministrativa siano soddisfatte, essa può consentire l'aggiudicazione diretta di un appalto alle istituzioni finanziarie stabilite in uno Stato membro che mirano al conseguimento di obiettivi di interesse pubblico sotto il controllo di un'autorità pubblica di cui all'articolo 38, paragrafo 4, lettera b), punto ii) dell'RDC e di organismi di diritto pubblico di cui all'articolo 38, paragrafo 4, lettera b), punto iii), dell'RDC.

⁽⁴²⁾ Uno Stato membro può inoltre designare un organismo intermedio nell'ambito di una cooperazione interamministrativa. L'organismo intermedio può a sua volta affidare i compiti di esecuzione di uno strumento finanziario attraverso la cooperazione interamministrativa o a un'entità in house dell'organismo intermedio.

⁽⁴³⁾ Nel caso in cui il contratto è concluso con l'entità in house, il prezzo potrebbe essere corrisposto all'organismo che attua lo strumento finanziario sia direttamente, attraverso l'autorità di gestione, che indirettamente attraverso l'autorità pubblica che coopera con l'autorità di gestione. Nella causa C-480/06 (*Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*) i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo hanno riservato una capacità di 120 000 tonnellate a quattro *Landkreise* per un prezzo calcolato secondo la stessa formula per le parti per ciascuna delle parti interessate. Tale prezzo è stato pagato al gestore dell'impianto, controparte contrattuale dei servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, attraverso i suddetti servizi per la nettezza urbana (cfr. punto 5).

3.6.1. *Condizioni relative alla cooperazione interamministrativa fino al recepimento della direttiva 2014/24/UE o al massimo entro il 18 aprile 2016*

Prima dell'adozione della direttiva 2014/24/UE, le condizioni per la conclusione degli appalti ⁽⁴⁴⁾ tra le autorità pubbliche (cooperazione interamministrativa) non rientravano nelle norme in materia di appalti pubblici ed erano definite dalla giurisprudenza.

La cooperazione interamministrativa tra autorità pubbliche per garantire lo svolgimento di un compito pubblico che sono tenute a effettuare è consentita al di fuori del campo di applicazione delle norme in materia di appalti pubblici ⁽⁴⁵⁾. Le norme in materia di appalti pubblici non sono applicabili nella misura in cui:

- la cooperazione interamministrativa riguardi esclusivamente le autorità pubbliche, senza la partecipazione di un terzo privato;
- il principio della parità di trattamento sia rispettato, in modo tale che un fornitore privato di servizi non si ponga in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti ⁽⁴⁶⁾, e
- l'attuazione di tale cooperazione sia retta unicamente da considerazioni e prescrizioni collegate al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico che le autorità sono tenute a perseguire ⁽⁴⁷⁾.

Non esiste una giurisprudenza in materia di cooperazione interamministrativa in relazione agli strumenti finanziari. Tuttavia esempi in altri ambiti possono illustrare la posizione della CGUE per cui l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico.

La CGUE ha ammesso che le autorità locali perseguono l'obiettivo di garantire che un compito pubblico sia eseguito se in cooperazione nel settore dello smaltimento dei rifiuti per l'attuazione degli obblighi previsti dalla normativa comunitaria applicabile ⁽⁴⁸⁾.

La CGUE ha altresì analizzato la cooperazione tra un'università e un'azienda di proprietà pubblica di diritto privato per l'acquisto di un sistema informatico di gestione dell'istruzione superiore. La CGUE ha concluso che tale cooperazione non ha lo scopo di eseguire un compito pubblico che sia l'Università che l'azienda in questione sono chiamate a svolgere, in quanto a quest'ultima non è affidata direttamente l'esecuzione di un compito di servizio pubblico ⁽⁴⁹⁾.

La cooperazione interamministrativa per l'attuazione degli strumenti finanziari prevede che le autorità cooperanti svolgano i loro compiti nel pubblico interesse. Questo è il caso qualora tutte le attività dell'amministrazione aggiudicatrice/entità delegata siano svolte a norma di un mandato pubblico affidato dalla legge in modo tale che l'attuazione dello strumento finanziario consenta alle autorità di svolgere le funzioni ad esse attribuite dall'UE o dall'ordinamento nazionale, come ad esempio il finanziamento alle misure sociali o provvedere ai finanziamenti per specifiche tipologie di PMI o per promuovere lo sviluppo economico o la ricerca. Il perseguimento da parte di un'autorità di gestione (organismo intermedio o organismo che attua un fondo di fondi che è un'amministrazione aggiudicatrice) degli obiettivi operativi e delle attività descritte in un programma (piuttosto che attività di supporto come ad esempio lo sviluppo di strumenti informatici o la locazione degli uffici necessari per ospitare il personale preposto all'attuazione dei fondi SIE) possono essere considerati compiti di pubblico interesse. Qualora i medesimi obiettivi e attività siano perseguiti da altre autorità pubbliche, la loro esecuzione potrebbe dare spazio a una cooperazione interamministrativa.

La cooperazione tra autorità pubbliche deve essere retta unicamente da considerazioni e prescrizioni collegate al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico in base ad un'analisi caso per caso.

La remunerazione corrisposta dall'autorità di gestione, dall'organismo intermedio o dall'organismo che attua un fondo di fondi che è un'amministrazione aggiudicatrice per l'attuazione dello strumento finanziario per l'organismo che attua lo strumento finanziario deve essere equivalente a quella corrisposta dalle altre autorità pubbliche che si avvalgono dei servizi dell'organismo che attua lo strumento finanziario per gli stessi tipi di prodotti finanziari consegnati agli stessi tipi di destinatari, sempre che siano rispettate le disposizioni normative applicabili in materia di costi e di commissioni di gestione (v. in particolare gli articoli 12 e 13, del reg. del.).

⁽⁴⁴⁾ In forza del diritto dell'UE non vi è alcun obbligo formale applicabile all'appalto.

⁽⁴⁵⁾ Causa C-480/06, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, punto 37 e punti da 44 a 47 e causa C-159/11 *ASL Lecce*, punti da 35 a 37.

⁽⁴⁶⁾ Qualora le autorità pubbliche non siano in grado di soddisfare il 100 % dei servizi attraverso una cooperazione interamministrativa e siano tenute ad aggiudicare un appalto a un terzo privato per la restante parte, l'aggiudicazione deve essere realizzata attraverso una procedura d'appalto pubblico, se del caso, per garantire la parità di trattamento.

⁽⁴⁷⁾ Causa C-480/06, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, punti da 44 a 47.

⁽⁴⁸⁾ Causa C-480/06, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, punto 37.

⁽⁴⁹⁾ Causa C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg e Hochschul-Informationssystem GmbH contro Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, punti 16 e 35.

Conclusione:

Fino al recepimento della direttiva 2014/24/UE o al massimo entro il 18 aprile 2016 e fatto salvo il rispetto delle condizioni previste dalla giurisprudenza, l'autorità di gestione, l'organismo intermedio o l'organismo che attua un fondo di fondi che è un'amministrazione aggiudicatrice possono stipulare accordi di cooperazione interamministrativa con un'autorità pubblica a cui si potrebbe affidare il compito di attuare gli strumenti finanziari.

3.6.2. *Condizioni relative alla cooperazione interamministrativa in seguito al recepimento della direttiva 2014/24/UE o dopo il 18 aprile 2016*

A norma dell'articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE un contratto concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva, quando sono soddisfatte le seguenti tre condizioni:

- i) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune. Come indicato nella sezione 3.6.1., il perseguimento da parte di un'autorità di gestione, di un organismo intermedio o di un organismo che attua un fondo di fondi che è un'amministrazione aggiudicatrice degli obiettivi operativi e delle attività descritte in un programma (piuttosto che attività di supporto come ad esempio lo sviluppo di strumenti informatici o la locazione degli uffici necessari per ospitare il personale preposto all'attuazione dei fondi SIE) possono essere considerati compiti di pubblico interesse.
- ii) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico (v. le implicazioni spiegate in precedenza nella sezione 3.6.1 in termini di remunerazione).
- iii) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 % delle attività interessate dalla cooperazione. Di conseguenza, la limitazione non si applica alle attività sul mercato al di fuori della cooperazione.

In base all'ultima condizione, che prevede una rigida limitazione delle attività sul mercato al di fuori della cooperazione, le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti dovranno svolgere sul mercato aperto meno del 20 % delle attività che riguardano la cooperazione.

Se le parti coinvolte nella cooperazione interamministrativa non si impegnano in attività economiche o in qualsivoglia tipo di concorrenza con altri attori del mercato, la condizione di cui all'articolo 12, paragrafo 4, punto c), è soddisfatta in quanto su un mercato aperto non è svolto nessun tipo di attività.

A norma dell'articolo 12, paragrafo 5, della direttiva 2014/24/UE, per determinare la percentuale delle attività si prende in considerazione il fatturato totale medio, o un'ideale misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto. Per definizione tale calcolo non contempla le attività svolte di recente nell'ambito della cooperazione, ovvero non realizzate da un'amministrazione aggiudicatrice partecipante prima della cooperazione.

Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile.

La gamma di accordi contrattuali sopra descritti nella sezione 3.6.1 è altresì disponibile ⁽⁵⁰⁾.

Conclusione:

In seguito al recepimento della direttiva 2014/24/UE o dopo il 18 aprile 2016, un'autorità di gestione, un organismo intermedio o un organismo che attua un fondo di fondi che è un'amministrazione aggiudicatrice può stipulare accordi di cooperazione interamministrativa, in base alle condizioni sancite dalla direttiva, con altre autorità pubbliche a cui si potrebbe affidare il compito di attuare gli strumenti finanziari. La gamma di accordi contrattuali sopra descritti nella sezione 3.6.1 è altresì disponibile,

⁽⁵⁰⁾ ovvero il contratto diretto tra l'autorità di gestione, l'organismo intermedio o l'organismo che attua un fondo di fondi che è un'amministrazione aggiudicatrice e un'altra amministrazione aggiudicatrice che controlla al 100 % un'entità di proprietà pubblica in grado di attuare strumenti finanziari (ovvero un'entità in house) e il contratto diretto tra l'autorità di gestione, l'organismo intermedio o l'organismo che attua un fondo di fondi, che è un'amministrazione aggiudicatrice e l'amministrazione aggiudicatrice che attua lo strumento finanziario.

Esempio:

Il ministero dell'economia controlla una banca di sviluppo di proprietà pubblica al 100 % il cui compito, come sancito dalla legge, è concedere crediti e garanzie alle PMI a sostegno dell'innovazione su tutto il territorio del paese.

La regione Y realizza un programma che mira a sostenere l'innovazione nella regione. Essa non controlla né individualmente né congiuntamente la banca di sviluppo nazionale. Pertanto tra le due non sussistono relazioni interne.

La cooperazione interamministrativa sarebbe realizzabile qualora le condizioni per tale cooperazione siano soddisfatte:

1. Il contratto che sancisce una cooperazione conclusa sia tra il ministero dell'economia e la regione Y che tra la banca di sviluppo e la regione Y si prefigge di garantire che i servizi pubblici che il ministero e la regione Y sono tenuti a svolgere siano forniti tenendo in considerazione gli obiettivi comuni. Per quanto riguarda la regione Y è sufficiente che il sostegno all'innovazione nella regione sia un obiettivo oggetto del programma.
2. L'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico. In particolare, la remunerazione del servizio deve essere erogata alla regione alle stesse condizioni del ministero. Qualora i prodotti finanziari che la regione chiede alla banca di attuare siano già forniti dalla banca a favore del ministero, la banca addebita alla regione costi e tasse analoghi per l'attuazione di uno strumento finanziario che fornisce tali prodotti. Qualora i prodotti finanziari che la regione chiede alla banca di attuare non siano da essa forniti, la banca di sviluppo nazionale accetta di addebitare alla regione costi e spese analoghi a quelli che addebiterebbe al ministero.
3. Le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 % delle attività interessate dalla cooperazione. La banca di sviluppo nazionale non può fornire un finanziamento della tipologia interessata dalla cooperazione (ovvero una tipologia di prodotto finanziario fornito a un certo tipo di destinatari in un determinato settore, ad esempio capitale per le attività di innovazione rivolto alle imprese di nuova costituzione), sul mercato aperto, per più del 20 % del suo fatturato totale medio nei tre anni precedenti all'assegnazione del contratto.

A condizione che la banca di sviluppo nazionale soddisfi i requisiti di cui all'articolo 7, del reg. del., la regione Y può aggiudicare un appalto alla banca e firmare il contratto direttamente con la banca.

3.7. Prescrizioni di cui all'articolo 7 del reg. del.

L'articolo 7, del reg. del., sancisce i criteri di applicazione da parte dell'autorità di gestione al momento di selezionare gli organismi che attuano gli strumenti finanziari. Le norme di cui all'articolo 7, paragrafi 1 e 2, si applicano alla selezione degli organismi che attuano gli strumenti finanziari (ad eccezione della selezione della BEI e del FEI), a prescindere dall'importo del contratto e dalla procedura di selezione degli organismi coinvolti (invito aperto, procedura negoziata, procedura competitiva, aggiudicazione diretta). Le disposizioni di cui all'articolo 7, paragrafo 3, del reg. del., si applicano alla selezione degli intermediari finanziari da parte degli organismi che attuano un fondo di fondi.

Rammentando i principi di trasparenza e di non discriminazione sanciti dal trattato, l'articolo 7, paragrafo 2, del reg. del., prevede che la selezione è trasparente, giustificata da ragioni oggettive e non dà luogo a conflitti di interesse.

Ove i compiti di esecuzione degli strumenti finanziari siano affidati a terzi, conformemente a una delle procedure di appalto previste dalla direttiva sugli appalti pubblici, a norma dell'articolo 7 del reg. del. essa è tenuta a prevedere almeno la selezione, i criteri di aggiudicazione e gli elementi per il capitolato d'oneri di seguito elencati ai punti da 3.7.1 a 3.7.3. Al di fuori di tale situazione, ovvero in caso di aggiudicazione diretta di un contratto, i criteri di selezione di cui all'articolo 7, del reg. del., sono di applicazione, ma non come criteri di selezione, criteri di aggiudicazione ed elementi indicati nel capitolato d'oneri.

3.7.1. Criteri di selezione

I criteri di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettere da a) a f), e all'articolo 7, paragrafo 2, primo comma, del reg. del., sono legati alla capacità giuridica, finanziaria, economica e organizzativa dell'organismo a cui sono affidati i compiti di esecuzione dello strumento finanziario. Il seguente insieme minimo di criteri di selezione deve pertanto essere di applicazione.

3.7.1.1. La capacità giuridica

La capacità giuridica dell'organismo incaricato deve essere oggetto di controllo per garantire che l'organismo selezionato sia autorizzato a svolgere i compiti di esecuzione dello strumento finanziario in base all'ordinamento nazionale e comunitario. La procedura di selezione verifica pertanto il diritto dell'organismo incaricato di svolgere i compiti di esecuzione pertinenti ai sensi del diritto nazionale e dell'UE [articolo 7, paragrafo 1, lettera a), del reg. del.].

3.7.1.2. La capacità economica e finanziaria

L'organismo incaricato dei compiti di esecuzione degli strumenti finanziari deve avere la capacità economica e finanziaria per svolgere il lavoro. Pertanto, la procedura di selezione garantisce che la vitalità economica e finanziaria dell'organismo incaricato sia adeguata (articolo 7, paragrafo 1, lettera b) del reg. del.). L'adeguatezza deve essere controllata facendo riferimento alla tipologia di compito affidato all'organismo e alle modalità di attuazione, compresa la durata.

3.7.1.3. La capacità organizzativa

L'organismo incaricato dei compiti di esecuzione degli strumenti finanziari dispone della capacità organizzativa per attuare uno strumento finanziario nel contesto dell'attuazione di un programma, ovvero:

- adeguate capacità di attuazione dello strumento finanziario, compresi una struttura organizzativa e un quadro di governance in grado di fornire le necessarie garanzie all'autorità di gestione (articolo 7, paragrafo 1, lettera c) del reg. del.). L'autorità di gestione valuta quanto efficacemente sia diretto e controllato il sistema istituito presso l'organismo a cui sono affidati i compiti di esecuzione. Il sistema istituito contempla aspetti quali: pianificazione, impostazione, comunicazione, monitoraggio dello stato di avanzamento rispetto agli obiettivi, gestione dei rischi e controlli di gestione.
- esistenza di un sistema di controllo interno efficiente ed efficace (articolo 7, paragrafo 1, lettera d), del reg. del.). Un sistema di controllo interno efficiente ed efficace garantisce che l'organismo preposto all'attuazione degli strumenti finanziari ponga in essere un ambiente di controllo adeguato e rispetti le procedure in atto per l'esecuzione, la misurazione, il monitoraggio e la mitigazione dei rischi.
- uso di un sistema di contabilità in grado di fornire tempestivamente dati precisi, completi e attendibili (articolo 7 paragrafo 1, lettera e) del reg. del.).

3.7.1.4. L'esperienza

Al fine di garantire la selezione degli organismi più idonei per un'attuazione efficace degli strumenti finanziari, in generale l'autorità di gestione tiene in debita considerazione l'esperienza dell'organismo in questione nell'attuare strumenti finanziari analoghi, (non necessariamente fondi UE) nonché la competenza e l'esperienza dei membri dell'équipe proposta in particolare (articolo 7, paragrafo 2, del reg. del.). Tale requisito non dovrebbe impedire la designazione di una entità di nuova costituzione, previa valutazione dell'esperienza dei membri dell'équipe. La valutazione dell'esperienza dei membri dell'équipe costituirà generalmente un criterio di aggiudicazione in quanto pertinente per quanto riguarda l'offerta (per valutare chi provvederà alla fornitura dei servizi appaltati), e non l'offerente.

3.7.2. Criteri di aggiudicazione

Il secondo insieme di criteri di cui all'articolo 7, paragrafo 2, lettere da a) a f), del reg. del., è legato all'oggetto dell'appalto, in merito all'attuazione dello strumento finanziario. L'insieme minimo dei criteri di selezione in appresso deve pertanto essere di applicazione. L'uso del solo prezzo più basso o della metodologia del solo costo (ovvero nel contesto delle commissioni di gestione degli strumenti finanziari o dei soli costi di gestione), per valutare le offerte presentate dagli organismi che attuano gli strumenti finanziari non consentirebbe alle autorità di gestione di applicare l'insieme minimo completo dei criteri di valutazione. Di conseguenza le autorità di gestione che selezionano gli organismi che attuano gli strumenti finanziari devono applicare la metodologia economicamente più vantaggiosa per valutare le offerte.

3.7.2.1. Metodologia di investimento

L'autorità di gestione valuta le offerte sulla base della metodologia d'investimento proposta nelle offerte degli offerenti per quanto riguarda la selezione degli intermediari finanziari o dei beneficiari finali, a seconda dei casi, i termini e le condizioni applicate in relazione al sostegno fornito ai destinatari finali, fissazione del prezzo compresa e, laddove l'organismo che attua lo strumento finanziario assegni proprie risorse finanziarie a favore dello strumento finanziario o condivida il rischio, delle misure proposte per far convergere gli interessi e attenuare possibili conflitti di interesse.

- validità e credibilità del metodo di individuazione e valutazione degli intermediari finanziari o dei destinatari finali, a seconda dei casi (articolo 7, paragrafo 2, lettera a), del reg. del.).
- termini e condizioni applicati al sostegno fornito ai destinatari finali, fissazione del prezzo compresa (articolo 7, paragrafo 2, lettera c), del reg. del.). La fissazione del prezzo dovrebbe coprire la gamma dei prezzi per i diversi tipi di servizi e per i vantaggi aggiuntivi offerti a fronte di una transazione commerciale normale (ad esempio, riduzione delle garanzie, strutture di rimborso in caso di difficoltà di rimborso, la possibilità o meno di fornire consulenza tecnica e/o finanziaria in settori specifici per i progetti complessi ecc.). Qualora il prezzo non sia predeterminato dal fornitore per un determinato tipo di servizio, il metodo di calcolo del prezzo, o una stima sufficientemente dettagliata, dovrebbe essere prevista e comunicata.

I termini e le condizioni potrebbero assumere la forma di una semplice guida di accompagnamento passo dopo passo che aiuti i destinatari finali a capire come dovrebbero presentare le richieste d'investimento, quali tipi di servizi rendere e che tipo di remunerazione sarà contemplata dal contratto.

- nei casi in cui l'organismo che attua lo strumento finanziario assegni risorse proprie finanziarie a favore dello strumento finanziario o condivida il rischio, misure proposte per far convergere gli interessi e attenuare possibili conflitti di interesse (articolo 7, paragrafo 2, lettera f), del reg. del.). Una misura per far convergere in modo efficace gli interessi tra gli investitori per le risorse finanziarie investite dall'organismo comporterebbe l'istituzione di un'adeguata struttura di condivisione dei rischi e dei profitti ⁽⁵¹⁾.

3.7.2.2. Capacità di raccogliere risorse aggiuntive ⁽⁵²⁾

Al fine di garantire il massimo effetto leva possibile per un determinato strumento finanziario, uno dei criteri da applicare nel selezionare l'organismo preposto all'attuazione di uno strumento finanziario è la capacità di raccogliere risorse da investire nei destinatari finali, aggiuntive rispetto ai contributi del programma (articolo 7, paragrafo 2, lettera d), del reg. del.). Le offerte devono pertanto essere valutate sulla base della capacità dell'organismo di attivare ulteriori investimenti.

3.7.2.3. Addizionalità dell'attività di investimento ⁽⁵³⁾

Al fine di garantire il valore aggiunto dell'intervento dei fondi ESI, uno dei criteri da applicare nel selezionare l'organismo preposto all'attuazione di uno strumento finanziario è la capacità di fornire prove circa un'attività aggiuntiva rispetto a quella presente dell'organismo (articolo 7, paragrafo 2, lettera e), del reg. del.).

3.7.2.4. Livello dei costi e delle commissioni di gestione

Uno dei criteri da applicare nel selezionare l'offerta dell'organismo che attua uno strumento finanziario è il livello dei costi e delle commissioni di gestione che costituisce il «prezzo» dei servizi forniti all'autorità di gestione. È necessario tenere in considerazione la metodologia proposta per calcolarli.

3.7.3. Elementi per il capitolato d'oneri

Si raccomanda di inserire nel capitolato d'oneri le condizioni che gli offerenti sono tenuti a concordare. L'inserimento di tali condizioni nel capitolato d'oneri non è l'unica modalità per assicurarne il rispetto, ma garantisce a monte che i potenziali offerenti siano a conoscenza di tali condizioni.

Al fine di garantire il rispetto delle procedure previste e attuate dall'organismo incaricato dell'attuazione degli strumenti finanziari in base alle norme applicabili, l'organismo è tenuto all'accettazione degli audit effettuati dagli organismi di audit degli Stati membri, dalla Commissione e dalla Corte dei conti europea (articolo 7 paragrafo 1, lettera f), del reg. del.). Al fine di garantire che l'organismo accetti di essere oggetto di audit, si raccomanda che tale condizione sia indicata nel capitolato d'oneri della gara e nel contratto di finanziamento pertinente ⁽⁵⁴⁾. Al fine di garantire il rispetto dell'articolo 38, paragrafo 4), dell'RDC, si raccomanda inoltre che il capitolato d'oneri indichi che l'organismo che attua uno strumento finanziario non può essere stabilito e non può intrattenere rapporti commerciali con entità aventi sede in territori le cui giurisdizioni non agiscano in cooperazione con l'UE in materia di applicazione delle norme fiscali convenute a livello internazionale ed è tenuto a trasporre tali obblighi nei contratti conclusi con gli intermediari finanziari selezionati.

4. Riferimento, collegamenti

SEC(2011) 1169 def., DOCUMENTO DI LAVORO DEI SERVIZI DELLA COMMISSIONE concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici («cooperazione pubblico-pubblico») (traduzione non ufficiale)

⁽⁵¹⁾ Cfr. *guidance note on preferential remuneration* EGESIF_15-0030-00 (nota di orientamento sulla remunerazione preferenziale).

⁽⁵²⁾ Il requisito per cui gli offerenti dimostrano la loro capacità di raccogliere risorse aggiuntive potrebbe costituire, in alternativa, un criterio di selezione qualora l'amministrazione aggiudicatrice intendesse valutare se il contraente abbia reperito ulteriori risorse in passato e non in relazione allo strumento finanziario la cui gestione è oggetto dell'appalto.

⁽⁵³⁾ Il requisito per cui gli offerenti dimostrano l'addizionalità dell'attività di investimento potrebbe costituire, in alternativa, un criterio di selezione qualora l'amministrazione aggiudicatrice intendesse valutare se il contraente sia in grado di fornire attività d'investimento aggiuntiva.

⁽⁵⁴⁾ Va notato che per quanto riguarda la BEI (ovvero la BEI e il FEI, a norma dell'articolo 2, paragrafo 23, dell'RDC), in forza dell'articolo 9, paragrafo 3) del reg. del. l'autorità di gestione è tenuta a conferire un mandato a una società perché operi ai sensi di un quadro comune istituito dalla Commissione per lo svolgimento degli audit. Per quanto riguarda gli organismi che attuano gli strumenti finanziari diversi dalla BEI, le autorità di audit possono sia svolgere gli audit direttamente che conferire un mandato a società esterne. In quest'ultimo caso, esse selezionano le società in base all'applicazione di norme e principi in materia di appalti pubblici.

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public_public_cooperation/sec2011_1169_it.pdf

Direttiva 2004/18/CE

Direttiva 2014/24/UE

Guidance note on preferential remuneration EGESIF_15-0030-00 (Nota di orientamento sulla remunerazione preferenziale)
